

**CONTROL FISCAL SOBRE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS -
Vigilancia por las contralorías / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS -
Control fiscal / SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA - Control fiscal**

En relación con el tema referente al control fiscal de la Contraloría, al cual se encuentran sometidas las empresas de servicios públicos, existe abundante jurisprudencia, la cual resulta pertinente traer a colación en este caso. En sentencia de 7 de junio de 2001 (Expediente 6508, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), esta Corporación precisó, y ahora lo reitera, que la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4, dispone que los aportes oficiales en las empresas de servicios públicos, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, y por ello a tales bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría respectiva. De igual manera, el texto de los artículos 21 a 23 de la Ley 42 de 1993 es diáfano en establecer la vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta. La Corte Constitucional en sentencia C-1191 de 2000, en la cual declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto 266 de 2000, precisó: Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

CONTRALORIA - Autonomía presupuestaria; tarifa de control fiscal; cálculo en función de presupuestos / TARIFA DE CONTROL FISCAL - Cálculo; naturaleza / AUDITORIA EXTERNA - Incompatible con control fiscal

El artículo 4º de la Ley 106 de 1993, que se invoca, entre otros, como fundamento de los actos acusados, prevé: "AUTONOMIA PRESUPUESTARIA. La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto. Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor, resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada(...). La Corte Constitucional en sentencia C-1148 de 31 de octubre de 2001 declaró executable la norma transcrita y al efecto expresó: En cuanto a la fórmula concreta establecida en los incisos acusados del artículo 4 de la Ley 106 de 1993, que consiste en que los recursos de la Contraloría se calculen en función de los presupuestos de los entes fiscalizados, resulta una fórmula proporcionada y razonable, que, en sí misma, tampoco viola la Carta, y no hay ningún precepto constitucional que prohíba adoptar esta clase de cálculos. La tarifa de control fiscal y su naturaleza. Al respecto, hay que decir, que no le asiste razón al actor, porque la "tarifa de control fiscal" no está enmarcada dentro de los conceptos de "tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que

les presten o participación en los beneficios que les proporcionen" (inciso 2º del artículo 338 de la Constitución), tal como lo entiende el demandante, sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada individualmente a cada una de las entidades de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267, inciso 1º de la Carta).

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS / Sujetos pasivos de control fiscal y de cuota de auditaje / TARIFA DE CONTROL FISCAL - Sujeción a empresas de servicios públicos mixta u oficial / CUOTA DE AUDITAJE O FISCALIZACION - Sujeción a empresas de servicios públicos domiciliarios

En criterio de la Sala, si las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivo del control fiscal, no existe razón lógica valedera que impida considerar que también lo son del pago de la cuota de auditaje. Ahora, el hecho de que la Ley 142 de 1994, hubiera previsto una auditoría externa, ello no supone el desplazamiento del control fiscal por parte de las Contralorías. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 22 de febrero de 2007 (Expediente AP-00726, Consejero ponente doctor Alier Hernández Enriquez), protegió el derecho colectivo al patrimonio público, que consideró vulnerado por una empresa de servicios públicos domiciliarios que celebró un contrato de auditoría externa. Dijo la Sección Tercera en la precitada sentencia, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional: Según esta decisión, para la Sala resulta improcedente, por incompatible, la existencia de los dos controles; luego, debe entenderse que contratar la auditoría externa de gestión y resultados no es optativo de la empresa oficial de SPD, pues tal conducta conduciría a la concurrencia de dos controles, con evidente desconocimiento de la sentencia de la Corte, quien declaró la constitucionalidad de la norma siempre que se entienda que estas entidades publicas u oficiales no están obligadas a contratar a las empresas privadas para ejecutar ese objeto contractual...". Resulta oportuno resaltar que si bien es cierto que en este caso la actora no tiene el carácter de empresa de servicios públicos oficial, donde el aporte oficial es del 100%, sino que se trata de una sociedad de economía mixta, no lo es menos que por estar conformado su patrimonio con aporte oficial, en razón del mismo se aplica la vigilancia de la Contraloría respectiva y, por ende, nace la obligación del pago de la cuota de auditaje. Finalmente, también es oportuno destacar que el parágrafo del artículo 9º de la Ley 617 de 2000, impone a las entidades descentralizadas del orden departamental el deber de pagar una «cuota de fiscalización» a la respectiva Contraloría, como lo había previsto el artículo 11 de la Ley 330 de 1996, amén de que el artículo 13, ibídem, fijó el plazo para el pago de la cuota, de cinco días siguientes a la aprobación del PAC (Programa Anual Mensualizado de Caja). Así pues, los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por lo que habrá de revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la misma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C. seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00291-01

Actor: ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P.

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, contra la sentencia de 26 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. La ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª: Son nulas las Resoluciones 03467 de 14 de noviembre de 2001, expedida por la Contraloría General de la Republica, "*por medio de la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigilancia fiscal de 2001*" y 00157 de 7 de febrero de 2002, expedida por la misma entidad, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Resolución.

2ª: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca el derecho de la actora, y se le exima del pago de la tarifa de control fiscal para el año 2001 y los años subsiguientes.

I.2. En apoyo de sus pretensiones, la parte actora citó como violados los artículos 17, 19, 27, 85 y 186 de la Ley 142 de 1994; 379 y 461 a 468 del Código de Comercio; 38, 40, 68 y 84 de la Ley 489 de 1998; 2º de la Ley 42 de 1993; 4º de la Ley 267 de 2000; 13, 333 y 365 de la Constitución Política; 69 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

Precisó el alcance del concepto de las violaciones, en síntesis, así

1º: Aduce que la Contraloría General de la República considera a la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, como entidad sujeta al pago de una tarifa de control fiscal, invocando al efecto una normativa general, sin tener en cuenta que está sujeta a un régimen especial. Que, en consecuencia, se violan los artículos 17, 19, 27.4, 27.7, 85 y 186 de la Ley 142 de 1994.

Menciona que del artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, se deduce que la Contraloría General si tiene capacidad de vigilancia sobre las Empresas de Servicios Públicos en los términos que señala dicho artículo, pero no tiene ninguna facultad legal o discrecional de cobrar la tarifa de control fiscal a dichas empresas.

Señala que el cumplimiento de la función de control fiscal no genera espontáneamente el cobro de una cuota por este concepto, ya que su imposición es competencia del legislador, que no la ha ejercido en relación con las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

2º: Afirma que las resoluciones impugnadas contrarían lo establecido en los artículos 38, 40, 68 y 84 de la Ley 489 de 1998, en los cuales se acepta y

reconoce el régimen especial de las Empresas de Servicios Públicos.

Estima que al reconocer que las Empresas de Servicios Públicos pertenecen a un régimen especial, no es legal la imposición de una cuota de control fiscal, basándose en las normas generales que rigen para la Contraloría General de la Republica.

Explica que la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, es una Empresa Prestadora de Servicios Públicos Mixta, por lo tanto no forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, ni se le puede aplicar el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

3°: Agrega que el artículo 4° de la Ley 267 de 2000, sobre sujetos de vigilancia y control fiscal, no consagra a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Mixtas (E.S.P) como es el caso de **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, las cuales gozan de una naturaleza y régimen especial orientado en el derecho privado.

4°: Indica que existe violación del artículo 365 de la Constitución Política, según el cual los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico especial que fije la ley.

5° Advierte que existe violación de los artículos 13 y 333 de la Constitución Política, al no respetarse el principio de igualdad y la libre competencia, ya que la tarifa de control fiscal no se cobraba a todas las empresas de servicios públicos. Además, el Consejo de Estado en el Concepto 1253 de 6 de abril de 2000, (Consejero ponente doctor Luis Camilo Osorio) considera que el establecimiento de una cuota de control fiscal, genera una violación a la competencia y eficiencia, establecida en la Carta Política.

6°: Explica que dada la calidad de Empresa Prestadora de Servicios Públicos que ostenta la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, la Contraloría General de la República no tiene competencia para cobrar una cuota de control fiscal, como lo expresa el Consejo de Estado en el mencionado concepto 1253, por ser competencia del legislador, *que no la ha ejercido en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios.*

Añade que existe una falsa motivación en los actos demandados, ya que las normas invocadas para sustentarlos, no constituyen fundamento legal y no son aplicables a la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**

I.3. La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por medio de apoderada contestó la demanda en los siguientes términos:

Que la Contraloría con la expedición de los actos acusados ha hecho uso de sus facultades con base en los artículos 267 y siguientes de la Constitución Política, la Ley 42 de 1993, la Ley 106 de 1993 y el Decreto 267 de 2000.

Sostiene que con base en el artículo 27, numeral 4 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con lo indicado en el artículo 50, ibídem, modificado por la Ley 689 de 2001, se desprende que la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, está sujeta al cobro de la tarifa fiscal con el fin de asegurarle a dicho organismo su autonomía presupuestal.

Reitera su posición, mencionando los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional en sentencia C-1148 de 31 de octubre de 2001, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, mediante la cual se declararon exequibles los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

Argumenta que el cobro de la tarifa fiscal no implica el cobro de una tasa, contribución o de cualquier otro tributo sino, todo lo contrario, corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado, en los términos del numeral 12 del artículo 150 y artículo 338 de la Constitución Política.

Añade que fue precisamente el legislador quien impuso el cobro objeto de la presente controversia, dando cumplimiento a las normas constitucionales mencionadas anteriormente, tanto, que por ello el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 contempla el cobro y la forma de liquidación de la tarifa fiscal a cargo de la Contraloría y a quién va dirigida y desde luego la fórmula para efectos de su liquidación.

Indica que a pesar de que la Ley 142 de 1994 no establece la tarifa de control fiscal, la Ley 106 de 1993, que es una norma de igual jerarquía, sí la consagra, para todos aquellos organismos y entidades vigiladas.

Señala que la misma Ley 142 de 1994 establece en forma expresa que las empresas de servicios públicos, cuando manejen recursos públicos, están sometidas a la vigilancia de la Contraloría General de la República.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo accedió a las pretensiones de la demanda con base en las consideraciones que se resumen, así:

1.-Que la entidad demandante no pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público, por lo tanto no puede ser clasificada dentro del sector descentralizado por servicios, por ser mixta y no oficial.

A pesar de lo anterior, estima que la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, sí es sujeto de vigilancia fiscal aun cuando no pertenezca a la Rama Ejecutiva del Poder Público, ya que según el artículo 2° de la Ley 42 de 1993, están sujetos al control fiscal los organismos creados por la Constitución y la Ley, que tienen régimen especial, de los cuales hace parte la entidad demandante, teniendo en cuenta que es una Empresa de Servicios Públicos Mixta cuyo origen radica en la autorización que le da la Constitución al legislador para su creación (Ley 142 de 1994).

Añade que con base en la Constitución, se concluye que solo basta que se manejen fondos o bienes de la Nación o de sus entidades territoriales, para que surja la necesidad de ejercer el control fiscal. Además, si no existe autorización de la Contraloría para contratar con empresas privadas el control fiscal de la empresa demandada, es claro que es ella la que directamente ejerce la vigilancia.

Manifiesta que el hecho de que dentro de la entidad se ejercite el control interno, no desplaza la facultad de la Contraloría para ejercer el control fiscal externo, pues aquel es parte del control integral.

Empero que si bien es cierto que la demandante es sujeto de vigilancia fiscal, también es cierto que dicha entidad no es sujeto del pago de la tarifa fiscal. Para ello acoge los Conceptos esgrimidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través de los radicados 1.171 y 1.253, donde se menciona

que las empresas de servicios públicos no están obligadas a pagar la cuota de auditaje de que trata la Ley 330 de 1996.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** sostiene que el Tribunal erró en la apreciación de los Conceptos del Consejo de Estado que sirvieron de fundamento para la decisión.

Aduce que el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, le ordena a la Contraloría General de la República cobrar la mencionada tarifa fiscal.

Anota que a pesar de que el Tribunal concluyó que la **ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A.E.S.P.**, es sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, no se explica cómo no tuvo en cuenta que la misma entidad está en la obligación de cobrar la cuota de auditaje.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el tema referente al control fiscal de la Contraloría, al cual se encuentran sometidas las empresas de servicios públicos, existe abundante jurisprudencia, la cual resulta pertinente traer a colación en este caso.

En sentencia de 7 de junio de 2001 (Expediente 6508, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), esta Corporación precisó, y ahora lo reitera, que la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4, dispone que los aportes oficiales en las empresas de servicios públicos, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, y por ello a tales bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría respectiva.

De igual manera, el texto de los artículos 21 a 23 de la Ley 42 de 1993 es diáfano en establecer la vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta.

La Corte Constitucional en sentencia C-1191 de 2000, en la cual declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto 266 de 2000, precisó:

"...Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho: "El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar –mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley." (Sent. C-586 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo).

Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber,

control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...”.

Ahora, lo que constituye objeto de controversia en este caso es si la actora está obligada al pago de la cuota de auditaje fijada en los actos acusados.

El Tribunal, se fundamentó en dos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en los que se concluyó que las empresas de servicios públicos no están obligadas a pagar la cuota de auditaje de que trata la Ley 330 de 1996.

Sin embargo, la Sala de Consulta en Concepto radicado bajo el núm. 1709 de 6 de abril de 2006, precisó:

La consulta pregunta si la ley puede ordenar el pago directo de la cuota de fiscalización o si por el contrario se limita a impartir una autorización que debe ser reglamentada por acuerdos municipales.

Al respecto la Sala destaca los términos del artículo 11 de la ley 617 de 2000, que de forma imperativa establecen el deber legal a cargo de las entidades descentralizadas de sufragarla al emplear la locución **“deberán pagar una cuota de fiscalización”**, mandato que descarta que se esté en presencia de una simple autorización

susceptible de ser reglamentada por los concejos municipales, máxime cuando se esta en presencia de normas orgánicas de presupuesto del nivel nacional.

7. Naturaleza de las Empresas Municipales de Cali EICE, ESP – EMCALI

A los concejos municipales les corresponde, en los términos del artículo 313.6 de la Carta, crear a iniciativa del alcalde empresas comerciales e industriales y conforme a la ley 489 de 1998, reguladora de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las reglas relativas al régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia constitucionalmente (parágrafo del artículo 2º). Por su parte el parágrafo 1º del artículo 68 ibídem estatuye que - en los términos del inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política - el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del orden nacional es aplicable a las de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

El Capítulo X de la ley en cita, artículo 38, sobre estructura y organización de la administración pública, clasifica dentro del sector descentralizado por servicios, entre otras entidades, a las empresas industriales y comerciales del Estado (lit. b) y a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (lit.d), las que son enlistadas en el Capítulo XIII, artículo 68, como entidades descentralizadas.

De esta manera, si bien las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la modalidad de empresas industriales y comerciales del Estado conforme a la ley 489, independientemente de esta forma de constitución, ellas conforme a este mismo estatuto constituyen un tipo específico de entidad descentralizada.

De forma paralela, y dentro del mismo orden de ideas, tanto las empresas industriales y comerciales como las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos son modalidades de las empresas estatales, destinadas al cumplimiento de actividades económicas para la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución establece que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico fijado en la ley y el inciso final del artículo 68 de la ley 489, dispone que las entidades descentralizadas sujetas a regímenes especiales por mandato de la Carta, se someten a las disposiciones que para ellas establezca el legislador.

Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se regulan por las normas especiales contenidas en la ley 142 de 1994 y por la ley 489 en los aspectos no regulados por aquélla, así como por las normas que la complementen, sustituyan o adicionen (art. 84).

La ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, dispone:

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)

14.5 Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen el 100% de los aportes.” ^[12]

Según oficio 20061300019341 de la Jefatura de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fechado el 20 de Enero de 2006, el Municipio de Santiago de Cali es el propietario de las Empresas Municipales de Cali EICE, ESP – EMCALI – Acuerdo Municipal 034 de 1999 – circunstancia que implica que su patrimonio está constituido en su totalidad por capital público. La modalidad de organización de la misma es la de empresa industrial y comercial del Estado.

De la normatividad citada y atendiendo la composición del capital, las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. ESP tienen el carácter de empresa de servicios públicos oficial que pertenecen al sector descentralizado por servicios del ente territorial mencionado.

Ahora bien, a términos del artículo 272 de la C. P. la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejerce en forma posterior y selectiva respecto de los fondos, bienes y valores públicos. El Municipio de Santiago de Cali cuenta con Contraloría Municipal.

Conforme a lo antes expuesto por la Sala, las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. ESP están obligadas a pagar la cuota de fiscalización establecida en la ley 617 de 2000” (Negrilla fuera de texto).

El artículo 4º de la Ley 106 de 1993, que se invoca, entre otros, como fundamento de los actos acusados, prevé:

“AUTONOMIA PRESUPUESTARIA. La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto.

Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor, resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los

organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República”.

La Corte Constitucional en sentencia C-1148 de 31 de octubre de 2001 declaró exequible la norma transcrita y al efecto expresó:

4.8 En cuanto a la fórmula concreta establecida en los incisos acusados del artículo 4 de la Ley 106 de 1993, que consiste en que los recursos de la Contraloría se calculen en función de los presupuestos de los entes fiscalizados, resulta una fórmula proporcionada y razonable, que, en sí misma, tampoco viola la Carta, y no hay ningún precepto constitucional que prohíba adoptar esta clase de cálculos.

Esto no quiere decir que la fórmula ideada por el legislador no pueda sustituirse o cambiarse por otra, si así se decide en otra ley, pero siempre sin menoscabo alguno de la autonomía de ese organismo de control. Lo que la Corte señala es que si el legislador consideró que, en aras de la autonomía presupuestal de la Contraloría, en la labor fiscalizadora que realiza ante la administración y ante los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, esta labor se garantiza con la menor intervención de la Contraloría en el proceso de elaboración y aprobación del presupuesto, la fórmula establecida en la disposición acusada, a pesar de ser distinta a las de otros entes que ejercen funciones públicas, como manifestación de poder del Estado, este sólo hecho no viola la Constitución”.

...Debe, en todo caso, precisarse y es apenas obvio, que el cálculo de la tarifa de control fiscal, cuando se trate de la fiscalización de entes particulares que manejan, en forma total o parcial, fondos o bienes de la Nación, debe calcularse en relación con el monto de tales fondos o bienes de la Nación y no con los que correspondan al ente particular como tal, pues éstos son privados, y la Contraloría no ejerce fiscalización sobre ellos.

No sobra advertir que la autonomía presupuestal de la Contraloría no es absoluta, pues, en un Estado de Derecho, ningún organismo puede ostentar un poder absoluto, y que el ejercicio de la función pública que ejerce la Contraloría, al estar al servicio de los intereses generales, debe desplegarse con fundamento en los principios "de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad", que consagra el artículo 209 de la Carta.

5. La tarifa de control fiscal y su naturaleza.

5.1 El legislador, de acuerdo con las competencias que le son propias, en materia impositiva, según los artículos 150, numeral 12, y 338, puede establecer contribuciones fiscales (o parafiscales, excepcionalmente).

La objeción que al respecto plantea el actor, en cuanto a la violación de estos artículos constitucionales por parte de la norma acusada, radica en que el legislador no puede acudir a esta clase de tributos porque el ejercicio de la función pública que desarrolla la Contraloría no es un servicio público sino el ejercicio del poder del Estado. Es decir, el control que ejerce la Contraloría no se hace en interés de la legalidad, de terceros, o de los mismos vigilados, como ocurre con las Superintendencias, sino en interés del propio Estado.

5.2 Al respecto, hay que decir, que no le asiste razón al actor, porque la "tarifa de control fiscal" no está enmarcada dentro de los conceptos de *"tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen"* (inciso 2º del artículo 338 de la Constitución), tal como lo entiende el demandante, sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada individualmente a cada una de las entidades de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267, inciso 1º de la Carta).

5.3 Tampoco prospera el cargo de que como la Contraloría desarrolla una función pública, como ejercicio del poder del Estado, y que, en consecuencia, sus recursos sólo pueden provenir de recursos presupuestarios comunes, y que al no ser así, se violan los artículos 119 y 267 de la Carta, pues, en ninguna parte de la Constitución así se consagra, y el tributo especial que creó el legislador en el artículo acusado, deriva de su facultad impositiva, como ya se dijo, contemplada en los artículos 150, numeral 12, y 338 de la Constitución. Además, el legislador desarrolló adecuadamente el mandato constitucional de garantizar al ente fiscalizador la existencia de recursos suficientes para su ejercicio. Y, al mismo tiempo, cumplió la Constitución en cuanto a que sólo el Congreso, las asambleas y los concejos, en tiempo de paz, tienen competencia para imponer tributos, como el objeto de esta demanda, y en virtud de esta atribución, el legislador expidió el artículo 4 de la Ley 106 de 1993.

En otras palabras, el tributo especial creado por la disposición acusada no riñe con la función pública fiscalizadora que desarrolla la Contraloría General de la República..."

En criterio de la Sala, si las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivo del control fiscal, no existe razón lógica valedera que impida considerar que también lo son del pago de la cuota de auditaje.

Ahora, el hecho de que la Ley 142 de 1994, hubiera previsto una auditoría externa, ello no supone el desplazamiento del control fiscal por parte de las Contralorías.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 22 de febrero de 2007 (Expediente AP-00726, Consejero ponente doctor Alier Hernández Enriquez), protegió el derecho colectivo al patrimonio público, que consideró vulnerado por una empresa de servicios públicos domiciliarios que celebró un contrato de auditoría externa.

Dijo la Sección Tercera en la precitada sentencia, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“...el artículo 51 de la ley 142 de 1994 dispuso que era obligatorio, para todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, contratar la auditoría de gestión y resultados con una empresa privada.

Este artículo fue demandado, en acción de inconstitucionalidad, con el argumento de que el control de gestión y resultados, sobre las entidades públicas, se encuentra en cabeza de las contralorías. Mediante la sentencia C-290 de 2002 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la norma censurada, con los siguientes argumentos:

“Por lo tanto, respecto de las empresas de servicios públicos oficiales, cuyo control fiscal se ejerce sin limitación alguna y en forma integral por los organismos competentes, dicho control operaría en forma concurrente con el control de gestión y de resultados ejercido por las auditorías externas que deben ser contratadas de manera obligatoria por todas las empresas de servicios públicos según el artículo bajo revisión. **Cabe entonces preguntarse si tratándose de estas empresas de servicios públicos tal dualidad en el ejercicio del control de gestión y de resultados desconoce la función atribuida por la Constitución a los organismos de control fiscal.**

“**Para la Corte tal dualidad resulta inadmisibile** dada la exclusividad que la Carta le ha otorgado a los órganos de control fiscal para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración que incluye, entre otros, el control de gestión y de resultados (CP art. 267 inc 3). Exclusividad que encuentra su razón de ser en el carácter autónomo e independiente de los organismos que ejercen el control fiscal.” (Negrillas fuera de texto)

Según esta decisión, para la Sala resulta improcedente, por incompatible, la existencia de los dos controles; luego, debe entenderse que contratar la auditoría externa de gestión y resultados no es optativo de la empresa oficial de SPD, pues tal conducta conduciría a la concurrencia de dos controles, con evidente desconocimiento de la sentencia de la Corte, quien declaró la constitucionalidad de la norma siempre que se entienda que estas entidades públicas u oficiales no están obligadas a contratar a las empresas privadas para ejecutar ese objeto contractual....”.

Resulta oportuno resaltar que si bien es cierto que en este caso la actora no tiene el carácter de empresa de servicios públicos oficial, donde el aporte oficial es del 100%, sino que se trata de una sociedad de economía mixta, no lo es menos que por estar conformado su patrimonio con aporte oficial, en razón del mismo se aplica la vigilancia de la Contraloría respectiva y, por ende, nace la obligación del pago de la cuota de auditaje.

Finalmente, también es oportuno destacar que el párrafo del artículo 9° de la Ley 617 de 2000, impone a las entidades descentralizadas del orden departamental el deber de pagar una «cuota de fiscalización» a la respectiva Contraloría, como lo había previsto el artículo 11 de la Ley 330 de 1996, amén de que el artículo 13, ibídem, fijó el plazo para el pago de la cuota, de cinco días siguientes a la aprobación del PAC (Programa Anual Mensualizado de Caja).

Así pues, los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por lo que habrá de revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la misma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia apelada, en su lugar, se dispone:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 6 de diciembre de 2007.

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARCO ANTONIO VELILLA MORENO